

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

8. juli 2004 *

I sag T-203/02,

The Sunrider Corp., Torrance, Californien (De Forenede Stater), ved avocat A. Kockläuner,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved S. Laitinen, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) var

Juan Espadafor Caba, Granada (Spanien),

angående en påstand om annullation af den afgørelse, der blev truffet den 8. april 2002 af Første Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 1046/2000-1) vedrørende en indsigelsessag mellem Juan Espadafor Caba og The Sunrider Corp.,

* Processprog : engelsk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Pirrung, og dommerne A.W.H. Meij og N.J. Forwood,

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

under henvisning til stævningen og replikken, der blev indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 2. juli 2002 og den 27. marts 2003,

under henvisning til svarskriftet og Harmoniseringskontorets duplik, der blev indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 23. oktober 2002 og den 23. juni 2003,

og efter retsmødet den 3. december 2003,

afsagt følgende

Dom

Twistens baggrund

- 1 Den 1. april 1996 indgav sagsøgeren en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i medfør af Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret.

2 Varemærket, for hvilket der er ansøgt om registrering, er ordmærket VITAFRUIT.

3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 5, 29 og 32 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer efter de seneste ændringer af varemærkeansøgningen ved sagsøgerens skrivelser af 30. juli 1998 og af 14. december 1998, for hver af disse klasser til følgende beskrivelse:

- Klasse 5: »Medikamenter, farmaceutiske præparater og kemiske præparater til hygiejneformål; diætetiske præparater og næringserstatninger til medicinsk brug; næringsmidler til spædbørn; præparater på basis af vitaminer, sporelementer og/eller mineraler til diætetiske formål eller som kosttilskud; næringskoncentrater eller kosttilskud på basis af urter, urteteer, alle til brug i helsepleje«.

- Klasse 29: »Kød, fisk, ikke-levende bløddyr og krebsdyr, fjerkræ og vildt; kød og pølser, skaldyr, fjerkræ og vildt, også konserveret eller dybfrossen; frugt og grøntsager (herunder champignon og kartofler, særlig pommes frites og andre kartoffelprodukter), som er konserveret, dybfrosset, tørret, kogt eller tilberedt til umiddelbar indtagelse; suppe eller suppekonserves; charcuterisalater; retter af kød, fisk, fjerkræ, vildt og grøntsager, også dybfrosne; æg; kød- og bouillonekstrakter; grøntsagsekstrakter og konserverede urter til køkkenet; ikke medicinske ernæringskoncentrater og ernæringstilskud på urtebasis, ernæringsmidler på urtebasis, også i form af snackvarer«.

- Klasse 32: »Øl; mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugt- og grøntsagsdrikke, frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke; urte- og vitamindrikke«.

- 4 Varemærkeansøgningen blev offentligt i *EF-Varemærketidende* nr. 2/98 den 5. januar 1998.
- 5 Den 1. april 1998 rejste den anden part i sagen for appelkammeret indsigelse i medfør af artikel 42, stk. 1, i forordning nr. 40/94 mod registrering af det ansøgte varemærke for alle de varer, der var omfattet af varemærkeansøgningen. Indsigelsen var bl.a. støttet på et varemærke, som blev registreret i Spanien med prioritetsvirkning fra den 19. oktober 1960. Dette varemærke (herefter »det ældre varemærke«), der består af ordmærket VITAFRUIT, blev registreret for varer i klasse 30 og 32 i Nice-arrangementet og svarer til følgende beskrivelse: »ikke-alkoholholdige og ikke-terapeutiske kulsyreholdige drikke, alle former for ikke-terapeutiske kolde drikke, kulsyreholdige præparater, brusende granuler, ugærede frugt- og grøntsagsdrikke (bortset fra most), limonade, orangeade, kolde drikke (bortset fra mandelmælk), kulsyreholdige vande, Seidlitzvand og kunstig is«.
- 6 Til støtte for indsigelsen har den anden part i sagen for appelkammeret påberåbt sig den relative registreringshindring, der er nævnt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.
- 7 Ved skrivelse af 21. oktober 1998 har sagsøgeren anmodet om, at den anden part i sagen for appelkammeret i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 godtgør, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen er gjort reel brug af det ældre varemærke i den medlemsstat, hvor varemærket er beskyttet. Ved meddelelse af 26. november 1998 opfordrede Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling (herefter »Indsigelsesafdelingen«) den anden part i sagen for appelkammeret til at føre bevis herfor inden for en frist på to måneder.

- 8 Den 22. januar 1999 fremsendte den anden part i sagen for appelkammeret dels seks flaskeetiketter, som var påført det ældre varemærke, til Harmoniseringskontoret, dels fjorten fakturaer og ordreskrivelser, hvoraf ti var dateret i perioden før den 5. januar 1998.
- 9 Ved afgørelse af 23. august 2000 afslog Indsigelsesafdelingen varemærkeansøgningen i medfør af artikel 43, stk. 5, første punktum, i forordning nr. 40/94 for følgende varer: »mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugt- og grøntsagsdrikke, frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke; urte- og vitamindrikke«. Indsigelsesafdelingen, der for så vidt afslog varemærkeansøgningen, fandt for det første, at de beviser, som den anden part i sagen for appelkammeret havde fremlagt, kun godtgjorde, at det ældre varemærke havde været genstand for reel brug i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 for varerne »ugærede frugt- og grøntsagsdrikke, limonade, orangeade«. Indsigelsesafdelingen anførte for det andet, at de pågældende varer delvis lignede og delvis var identiske med de varer, der betegnes »mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugt- og grøntsagsdrikke, frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke; urte- og vitamindrikke«, som omhandlet i varemærkeansøgningen, og at der var risiko for forveksling i henhold til samme forordnings artikel 8, stk. 1, litra b), mellem de omhandlede tegn.
- 10 Den 23. oktober 2000 påklagede sagsøgeren i medfør af artikel 59 i forordning nr. 40/94 Indsigelsesafdelingens afgørelse til Harmoniseringskontoret. For appelkammeret nedlagde sagsøgeren principalt påstand om delvis annulation af denne afgørelse, for så vidt som Indsigelsesafdelingen afslog varemærkeansøgningen, og subsidiært, om delvis annulation af afgørelsen for så vidt som Indsigelsesafdelingen afslog varemærkeansøgningen for varerne »urte- og vitamindrikke«.
- 11 Ved afgørelse af 8. april 2002 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afviste Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen. Appelkammeret bekræftede i det væsentlige de vurderinger, som var indeholdt i Indsigelsesafdelingens afgørelse, men understregede imidlertid, at brugen af det ældre varemærke kun var godtgjort for de varer, der betegnes »saftkoncentrater« (»juice concentrate«).

Parternes påstande

12 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Principalt, den anfægtede afgørelse annulleres.
- Subsidiært, den anfægtede afgørelse annulleres, for så vidt som den afviser sagsøgerens klage, i det omfang denne vedrører annullation af Indsigelsesafdelings afgørelse for varerne »urte- og vitamindrikke«.
- Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

13 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

14 Sagsøgeren har til støtte for søgsmålet fremført to anbringender. Det første anbringende, der er fremført til støtte for sagsøgerens principale påstand, vedrører en tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94. Dette anbringende

består af to led. Det første led vedrører den omstændighed, at Harmoniseringskontoret har betragtet tredjemands brug som en reel brug, uden at det er godtgjort, at varemærkeindehaverens samtykke foreligger. Det andet led vedrører den omstændighed, at Harmoniseringskontoret har tilsidesat begrebet reel brug. Det andet anbringende, der er fremført til støtte for sagsøgerens subsidiære påstand, vedrører en tilsidesættelse af samme forordnings artikel 8, stk. 1, litra b).

Anbringendet vedrørende tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94

Første led af anbringendet, der vedrører den omstændighed, at appelkammeret med urette har taget hensyn til tredjemands brug af varemærket

— Parternes argumenter

- 15 Sagsøgeren har gjort gældende, at det fremgår af de fakturaer, som den anden part i sagen for appelkammeret har fremlagt, at det ældre varemærke er benyttet af selskabet Industrias Espadafor, SA, og ikke af indehaveren af det ældre varemærke selv, nemlig Juan Espadafor Caba. Den anden part i sagen ved appelkammeret er nemlig en fysisk person, mens den, der har brugt det ældre varemærke, er et selskab. Efter sagsøgerens opfattelse har den anden part i sagen for appelkammeret ikke godtgjort, at brugen af det ældre varemærke er sket med indehaverens samtykke i henhold til artikel 15, stk. 3, i forordning nr. 40/94.
- 16 Sagsøgeren har under retsmødet anført, at virksomheden i sine indlæg afgivet under sagen ved Harmoniseringskontoret den 22. september 1999 og den 22. december 2000 havde oplyst, at de beviser, som den anden part i sagen for appelkammeret havde fremlagt, ikke godtgjorde, at denne havde gjort reel brug af det ældre varemærke. Sagsøgeren har på det grundlag sluttet, at den del af anbringendet, der vedrører tilsidesættelse af artikel 43 i forordning nr. 40/94, ikke er påberåbt for sent.

- 17 Harmoniseringskontoret har anført, at dette led af anbringendet, der hverken er gjort gældende under indsigelsessagen eller for appelkammeret, bør afvises i medfør af artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement.
- 18 Hvad angår realiteten er det Harmoniseringskontorets opfattelse, at det ud fra den omstændighed, at indsigeren i forbindelse med en indsigelsessag kan fremlægge beviser for brug af det ældre varemærke, kan sluttes, at brugen er sket med samtykke fra indehaveren af det pågældende varemærke. Ifølge Harmoniseringskontoret kan en sådan slutning ikke afkræftes, medmindre varemærkeansøgeren udtrykkeligt bestrider den.

— Rettens bemærkninger

- 19 I medfør af artikel 43, stk. 2 og 3, og artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 40/94 forkastes en indsigelse, der er rejst mod registreringen af et EF-varemærke, såfremt indehaveren af det omhandlede ældre varemærke ikke godtgør, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen er gjort reel brug af varemærket. Såfremt indehaveren af varemærket derimod kan godtgøre dette, prøver Harmoniseringskontoret de registreringshindringer, som indsigeren har gjort gældende.
- 20 I henhold til artikel 15, stk. 3, i forordning nr. 40/94 sammenholdt med samme forordnings artikel 43, stk. 3, betragtes tredjemands brug af et ældre nationalt varemærke med indehaverens samtykke som indehaverens brug.

- 21 Indledningsvis bemærkes, at Retten tidligere har fastslået, at omfanget af den prøvelse, som appelkammeret skal foretage med hensyn til afgørelsen, der er genstand for klagen — i det foreliggende tilfælde Indsigelsesafdelingens afgørelse — ikke afhænger af, om den part, der har indgivet klagen, har fremsat et særligt anbringende i forhold til afgørelsen, hvorved han har anfægtet den fortolkning eller den anvendelse, som Harmoniseringskontorets afdeling, der har truffet afgørelse i første instans, har foretaget af en bestemmelse, eller denne afdelings vurdering af et bevis (jf. i denne retning Rettens dom af 23.9.2003, sag T-308/01, Henkel mod KHIM — LHS (UK) (KLEENCARE), Sml. II, s. 3259, præmis 32). Selv om den part, der har indgivet klagen til Harmoniseringskontorets appelkammer, ikke har fremsat et specifikt anbringende for appelkammeret, er appelkammeret ikke desto mindre forpligtet til — i lyset af alle de foreliggende, relevante retlige og faktiske oplysninger — at prøve, om en ny afgørelse med samme konklusion som den afgørelse, der er genstand for klagen, lovligt kan — eller ikke kan — træffes på det tidspunkt, hvor der træffes afgørelse om klagen (KLEENCARE-dommen, præmis 29). Omfattet af denne prøvelse er tillige spørgsmålet om, hvorvidt det i lyset af de faktiske oplysninger og beviser, som den anden part i sagen ved appelkammeret har fremført, er godtgjort, at indehaveren af det ældre varemærke eller en bemyndiget tredjemand har gjort reel brug af varemærket i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, og artikel 15, stk. 3, i forordning nr. 40/94. Heraf følger, at første led af det første anbringende kan antages til realitetsbehandling.
- 22 Hvorvidt påstanden om, at sagsøgeren hverken for Indsigelsesafdelingen eller for appelkammeret har bestridt, at der forelå et samtykke fra indehaveren af det ældre varemærke, er relevant, er derimod omfattet af realitetsprøvelsen.
- 23 Som det fremgår af de fakturaer, den anden part i sagen for appelkammeret har fremlagt, blev solgt af varer under det ældre varemærke foretaget af selskabet Industrias Espadafor, SA, og ikke af varemærkeindehaveren, selv om dennes navn også indgår i det omhandlede selskabs navn.

- 24 Såfremt en indsiger har gjort gældende, at tredjemand har gjort reel brug af det ældre varemærke i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, har han indirekte tillkendegivet, at denne brug er sket med hans samtykke.
- 25 Hvad angår rigtigheden af denne indirekte konstatering bemærkes, at såfremt brugen af det ældre varemærke, sådan som den fremgår af de fakturaer, der er fremlagt for Harmoniseringskontoret, skete uden indehaverens samtykke og dermed i strid med dennes varemærkeret, ville selskabet Industrias Espadafor, SA, almindeligvis have en interesse i ikke at afsløre beviserne for en sådan brug over for indehaveren af det omhandlede varemærke. Det forekommer således usandsynligt, at indehaveren af et varemærke ville fremlægge bevis for brug, som er sket mod hans vilje.
- 26 Harmoniseringskontoret kunne så meget desto mere gå ud fra denne formodning, som sagsøgeren ikke har bestridt, at den brug, som selskabet Industrias Espador, SA, har gjort af det ældre varemærke, er sket med indsigerens samtykke. Det er ikke tilstrækkeligt, at sagsøgeren under sagen for Harmoniseringskontoret generelt har gjort gældende, at de beviser, som indsigeren har fremført, ikke er tilstrækkelige til at godtgøre en reel brug af varemærket.
- 27 Det fremgår af sagen, at sagsøgeren nærmere bestemt har anfægtet den angiveligt alt for ringe handelsmæssige brug, der er godtgjort, samt kvaliteten af de fremførte beviser. Der er derimod ikke i det indlæg, som sagsøgeren afgav i sagen for Harmoniseringskontoret, holdepunkter for at antage, at sagsøgeren har henledt Harmoniseringskontorets opmærksomhed på, at der var tale om en tredjemands brug, eller at der kunne rejses tvivl om varemærkeindehaverens samtykke til denne brug.
- 28 Disse oplysninger udgjorde et tilstrækkeligt solidt grundlag for, at appelkammeret kunne fastslå, at brugen af det ældre varemærke skete med indehaverens samtykke.

- 29 Heraf følger, at det første led af anbringendet vedrørende tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 bør forkastes.

Andet led af anbringendet vedrørende appelkammerets urigtige fortolkning af begrebet reel brug

— Parternes argumenter

- 30 Sagsøgeren har for det første anført, at de etiketter, som den anden part i sagen for appelkammeret har fremlagt, ikke burde være taget i betragtning som bevis, idet de ikke var forsynet med en dato. Desuden har sagsøgeren understreget, at den pågældende part ikke har fremlagt beviser for, at etiketterne faktisk blev anvendt til markedsføring i Spanien af varer, som er omfattet af det ældre varemærke, i den pågældende periode. Sagsøgeren har under retsmødet præciseret, at den anden part i sagen for appelkammeret burde have suppleret de fremlagte beviser ved at afgive en erklæring på tro og love om, at etiketterne blev anvendt på det spanske marked i den pågældende periode.
- 31 Sagsøgeren har for det andet anført, at appelkammeret med urette har betragtet omfanget af brugen af det ældre varemærke, således som det fremgår af de beviser, som den anden part i sagen for appelkammeret har fremlagt, var tilstrækkelig til, at man kunne gå ud fra, at der var tale om reel brug i henhold til artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94. Sagsøgeren har i denne forbindelse bemærket, at den anden part i sagen for appelkammeret ikke har fremlagt en erklæring på tro og love med oplysninger om den årlige omsætning af varer solgt under det ældre varemærke. Sagsøgeren har endvidere anført, at de fakturaer, som denne part har fremlagt, kun godtgjorde et salg af varer under dette varemærke på i alt ca. 5 400 EUR i hele den pågældende periode. Under retsmødet har sagsøgeren revideret dette tal og anført, at omfanget af de pågældende varer udgjorde ca. 3 500 EUR i 1996 og 1 300 EUR i 1997.

- 32 For det tredje har sagsøgeren bekræftet, at de fakturaer, som den anden part i sagen for appelkammeret har fremlagt, ikke indeholder nogen oplysninger om den form, som det ældre varemærke er anvendt i.
- 33 Endelig har sagsøgeren anført, at den anfægtede afgørelse er i strid med afgørelsen truffet af Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret den 26. september 2001 i sag R 578/2000-4 (HIPOVITON/HIPPOVIT), hvor der blev taget hensyn til forholdet mellem omsætningen af varer solgt under det ældre varemærke og den totale årlige omsætning i den virksomhed, som havde benyttet varemærket.
- 34 Harmoniseringskontoret har heroverfor gjort gældende, at det for så vidt angår arten og stedet for den brug, som er gjort af det ældre varemærke, fremgår af sagen, at det pågældende varemærke blev anvendt på det relevante område, nemlig Spanien, som ordmærke og dermed i den form, for hvilken det blev registreret.
- 35 Med hensyn til omfanget af den brug, der er gjort af det ældre varemærke, har Harmoniseringskontoret indrømmet, at omfanget af salget under det ældre varemærke i hele den pågældende periode ikke er stort, og at de fremlagte fakturaer i øvrigt kun vedrørte salg til en enkelt kunde. Harmoniseringskontoret har imidlertid anført, at brugen af det ældre varemærke var tilstrækkelig til, at den kunne betragtes som reel.

— Rettens bemærkninger

- 36 Som det fremgår af niende betragtning til forordning nr. 40/94, er det fællesskabslovgivers opfattelse, at det kun er berettiget at beskytte et ældre varemærke i det

omfang, hvor dette rent faktisk er blevet brugt. I overensstemmelse med denne betragtning bestemmer artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, at den, der ansøger om et EF-varemærke, kan begære, at det bevises, at der er gjort reel brug af det ældre varemærke på det område, hvor det er beskyttet, inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af varemærkeansøgningen, som der er rejst indsigelse imod (Rettens dom af 12.12.2002, sag T-39/01, Kabushiki Kaisha Fernandes mod KHIM — Harrison (HIWATT), Sml. II, s. 5233, præmis 34).

37 I medfør af regel 22, stk. 2, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1) skal det af beviset for brug fremgå, hvor, hvornår samt i hvilket omfang og i hvilken form det ældre varemærke er blevet brugt. Det kræves derimod ikke, at indsigeren fremlægger en skriftlig erklæring vedrørende omsætningen i den virksomhed, der har gjort brug af det ældre varemærke. Artikel 43, stk. 2, og artikel 76 i forordning nr. 40/94 samt regel 22, stk. 3, i forordning nr. 2868/95 overlader det til indsigeren at vælge, hvilke beviser han finder egnede til at godtgøre, at det ældre varemærke har været genstand for reel brug i den relevante periode. Sagsøgerens kritik af den manglende erklæring på tro og love vedrørende den totale omsætning ved salg af varer under det ældre varemærke bør derfor afvises.

38 Ved fortolkningen af begrebet reel brug bør der tages hensyn til den omstændighed, at formålet med kravet om, at der skal være gjort reel brug af det ældre varemærke, for at mærket kan gøres gældende over for en EF-varemærkeansøgning, er at begrænse konflikter mellem to varemærker, når der ikke økonomisk er nogen rimelig grund til dem, der udspringer af varemærkets faktiske funktion på markedet (Rettens dom af 12.3.2003, sag T-174/01, Goulbourn mod KHIM — Redcats (Silk Cocoon), Sml. II, s. 789, præmis 38). Nævnte bestemmelse omhandler derimod hverken vurderingen af den handelsmæssige succes eller kontrollen med en virksomheds økonomiske strategi og bestemmer heller ikke, at beskyttelsen af varemærker kun skal forbeholdes en kvantitativt væsentlig handelsmæssig brug.

- 39 Som det fremgår af Domstolens dom af 11. marts 2003, Ansul (sag C-40/01, Sml. I, s. 2439), vedrørende fortolkningen af artikel 12, stk. 1, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), hvis indhold i det væsentlige svarer til indholdet af artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94, er der gjort »reel brug« af et varemærke, når dette er anvendt i overensstemmelse med varemærkets grundlæggende funktion, som er at garantere oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, som det er blevet registreret for, med henblik på at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for disse varer og tjenesteydelser (jf. Ansul-dommen, præmis 43). I denne forbindelse er betingelsen om reel brug af varemærket kun opfyldt, når varemærket med den beskyttelse, det har inden for det relevante geografiske område, bruges offentligt og i forhold til omverdenen (Ansul-dommen, præmis 37, og Silk Cocoon-dommen, præmis 39).
- 40 Bedømmelsen af, om brugen af varemærket er reel, skal foretages på grundlag af samtlige faktiske omstændigheder, der kan godtgøre, at varemærket virkelig anvendes handelsmæssigt, navnlig de former for brug, der i den pågældende branche anses for begrundet i fastholdelse eller erhvervelse af markedsandele for de varer eller tjenesteydelser, der beskyttes af varemærket, disse varers eller tjenesteydelsers art, de særlige forhold på markedet samt omfanget og hyppigheden af brugen af varemærket (Ansul-dommen, præmis 43).
- 41 Med hensyn til omfanget af den brug, der er gjort af det ældre varemærke, bør der bl.a. tages hensyn dels til det handelsmæssige omfang af brugen, dels til varigheden og hyppigheden af brugen.
- 42 For i en konkret sag at undersøge, om der er tale om reel brug af et ældre varemærke, skal der anlægges en helhedsvurdering, under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde. Denne vurdering indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning. Et mindre antal varer, der markedsføres under det omhandlede varemærke, kan således

kompenseres ved, at det pågældende varemærke tidligere er anvendt meget intensivt eller meget regelmæssigt og omvendt. Den faktiske omsætning og det kvantitative salg af varer under det ældre varemærke kan således ikke bedømmes isoleret, men skal vurderes i forhold til andre relevante faktorer, såsom omfanget af den handelsmæssige virksomhed, den produktionsmæssige eller handelsmæssige kapacitet, spredningsgraden hos den virksomhed, der bruger varemærket, samt de pågældende varers eller tjenesteydelsers egenskaber på det relevante marked. Domstolen har i denne forbindelse udtalt, at det ikke kræves, at brugen af varemærket altid har et betydeligt kvantitativt omfang, for at den kan betegnes som reel (Ansul-dommen, præmis 39).

- 43 I lyset af disse betragtninger skal det undersøges, om Harmoniseringskontoret med rette har fundet, at de beviser, som den anden part i sagen for Harmoniseringskontoret har fremlagt, godtgjorde en reel brug af det ældre varemærke.
- 44 Da sagsøgerens EF-varemærkeansøgning blev offentliggjort den 5. januar 1998, løber perioden på fem år i henhold til artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 fra den 5. januar 1993 til den 4. januar 1998 (herefter »den relevante periode«).
- 45 Som det fremgår af samme forordnings artikel 15, stk. 1, er det kun de varemærker, for hvilke reel brug har været suspenderet uden afbrydelse i fem år, der underkastes de i denne forordning omhandlede sanktioner. Det er derfor tilstrækkeligt til at undgå nævnte sanktioner, at et varemærke har været genstand for reel brug i en del af denne periode.
- 46 De fakturaer, som den anden part i sagen for Harmoniseringskontoret har fremlagt, viser, at varemærket har været genstand for brug fra slutningen af maj 1996 til midt i maj 1997, dvs. i elleve og en halv måned.

- 47 Det fremgår endvidere, at de gennemførte leveringer var bestemt til en kunde i Spanien, og at de var faktureret i spanske pesetas. Heraf følger, at varerne var bestemt for det spanske marked, som udgjorde det relevante marked.
- 48 Hvad angår omfanget af de markedsførte varer beløber værdien heraf sig til ikke over 4 800 EUR, hvilket svarer til salg af 293 enheder, der kaldes »cajas« (»kasser«) i fakturaerne, af hver tolv stk., dvs. 3 516 stk. i alt, til en pris ekskl. moms pr. stk. på 227 spanske pesetas (1,36 EUR). Selv om det er et forholdsvist lavt antal, gør de fremlagte fakturaer det muligt at slutte, at de heri omhandlede varer er blevet markedsført på en relativt regelmæssig måde i mere end elleve måneder — en periode, der hverken er særlig kort eller særlig tæt på offentliggørelsen af sagsøgerens EF-varemærkeansøgning.
- 49 De gennemførte salg udgør en brug, der objektivt set kan skabe eller bevare en afsætningsmulighed for de omhandlede varer, hvis handelsomfang med hensyn til varigheden og hyppigheden af brugen ikke er så lille, at det fører til den konklusion, at der er tale om en ren symbolsk, minimal eller fiktiv brug, som kun har til formål at bevare varemærkeretten.
- 50 Den omstændighed, at fakturaerne var adresseret til en enkelt kunde, ændrer ikke herpå. Det er tilstrækkeligt, at varemærket bruges offentligt og i forhold til omverdenen og ikke kun inden for den virksomhed, der er indehaver af det ældre varemærke, eller i et distributionsnet, som denne virksomhed ejer eller kontrollerer. I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren ikke gjort gældende, at adressaten for fakturaerne ejes af den anden part i sagen for Harmoniseringskontoret, og der er ingen omstændigheder i sagen, der tyder på, at det forholder sig sådan. Det er derfor ikke nødvendigt at påberåbe sig det argument, som Harmoniseringskontoret fremførte under retsmødet, hvorefter kunden er storleverandør til de spanske supermarkeder.

- 51 Med hensyn til arten af den brug, der er gjort af det ældre varemærke, betegnes varerne i fakturaerne »concentrado« (koncentreret), der for det første efterfølges af en aromaangivelse [»kiwi«, »menta« (mynte), »granadina« (grenadine), »maracuya«, »lima« (limette), eller »azul trop«] og for det andet af ordet »vitafrut« i anførelsestegn. Denne betegnelse gør det muligt at konkludere, at de omhandlede varer er koncentreret frugtsaft eller forskellige frugtsaftkoncentrater.
- 52 Det fremgår endvidere af de etiketter, som den anden part i sagen har fremlagt, at det drejer sig om koncentrat af forskellige frugtsafter, bestemt til endelige forbrugere, og ikke om frugtsaft, bestemt til frugtsaftindustrien. Således står der på etiketterne »bebida concentrada para diluir 1 + 3« (»koncentreret drik fortyndes 1 + 3«), hvilket klart er rettet mod den endelige forbruger.
- 53 Som sagsøgeren har bemærket, er etiketterne ikke forsynet med en dato. Spørgsmålet om, hvorvidt etiketter sædvanligvis er forsynet med en dato — en tese, som sagsøgeren har forfægtet, og som Harmoniseringskontoret har anfægtet — er således ikke relevant. Selv om etiketterne ikke i sig selv har beviskraft, kan de imidlertid påberåbes til støtte for de andre beviser, der blev fremlagt i sagen for Harmoniseringskontoret.
- 54 Det følger heraf, at den anden part i sagen for appelkammeret har godtgjort, at der med dennes samtykke i perioden fra maj 1996 til maj 1997 blev solgt ca. 300 enheder af hver 12 stk. koncentrat af forskellige frugtsafter til en spansk kunde, hvilket svarer til en omsætning på ca. 4 800 EUR. Selv om omfanget af den brug, der er gjort af det ældre varemærke, er begrænset, og det ville være at foretrække, om der forelå flere beviser for arten af den brug, der er gjort i den relevante periode, er de faktiske omstændigheder og de beviser, som den anden part i sagen har fremlagt, tilstrækkelige til at fastslå, at der foreligger en reel brug. Det er derfor med rette, at Harmoniseringskontoret i den anfægtede afgørelse har fastslået, at det ældre varemærke har været genstand for en reel brug for en del af de varer, for hvilke det er registreret, nemlig frugtsaft.

- 55 Hvad angår den påståede uforenelighed mellem den anfægtede afgørelse og afgørelsen truffet af Fjerde Appellkammer ved Harmoniseringskontoret i sag R 578/2000-4 (HIPOVITON/HIPPOVIT) bemærkes, at appelkammerets afgørelse blev annulleret ved Rettens dom af 8. juli 2004, MFE Marienfelde mod KHIM — Vetoquinol (HIPOVITON) (sag T-334/01, trykt i dette bind af Samling af Afgørelser).
- 56 I lyset heraf kan andet led af dette anbringende ikke tiltrædes. Det følger heraf, at den principale påstand om, at den anfægtede afgørelse annulleres, bør forkastes.
- 57 Da det første anbringende er ugrundet, skal der tages stilling til den subsidiære påstand vedrørende delvis annulation af den anfægtede afgørelse som følge af en påstået tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Anbringendet vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 58 Sagsøgeren har gjort gældende, at der er højst er en svag lighed mellem for det første de varer, for hvilke der er gjort reel brug af det ældre varemærke, nemlig »saftkoncentrat«, og for det andet de varer, som benævnes »urte- og vitamindrikke«, og som er omfattet af varemærkeansøgningen.

- 59 I denne forbindelse har sagsøgeren for det første gjort gældende, at varerne er forskellige med hensyn til deres art, idet saftkoncentrat sædvanligvis fremstilles på basis af frugt, mens hovedingrediensen i »urte- og vitamindrikke« er vand samt henholdsvis urter og syntetiske sammensætninger. Ifølge sagsøgeren kræver fremstillingen af de forskellige varer desuden forskellige maskiner og anlæg samt en særlig faglig dygtighed.
- 60 Sagsøgeren har for det andet anført, at de omhandlede varer har forskellige formål, idet saftkoncentraterne er bestemt til fremstilling af læskedrikke, mens urte- og vitamindrikke hovedsageligt anvendes til diætetiske, kosmetiske eller medicinske formål.
- 61 Forskellene mellem de omhandlede varer viser sig ifølge sagsøgeren ved, at målgruppen er forskellig, idet frugtsaftindustrien er målgruppen for frugtsaftkoncentrat, og den endelige forbruger er målgruppen for urte- og vitamindrikke. For så vidt som saftkoncentrater dog også købes af de endelige forbrugere, har sagsøgeren anført, at distributionskanalerne for henholdsvis disse varer på den ene side og for urte- og vitamindrikke på den anden side er forskellige. Ifølge sagsøgeren sælges den første gruppe i supermarkeder, mens den anden gruppe snarere er egnet til at blive solgt på apoteker eller i helsekostforretninger. Selv i tilfælde af, at de to varekategorier markedsføres i samme forretning, ville de være at finde på forskellige hylder.
- 62 Efter Harmoniseringskontorets opfattelse er saftkoncentrater og frugtsaft på den ene side og de i varemærkeansøgningen omhandlede »urte- og vitamindrikke« på den anden side lignende varer.

Rettens bemærkninger

- 63 Hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er et varemærke udelukket fra registrering i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, såfremt varerne eller tjenesteydelserne, for hvilke varemærket er søgt registreret, er af samme eller lignende art som de varer eller tjenesteydelser, for hvilke et ældre varemærke er registreret, og såfremt graden af lighed mellem de omhandlede varemærker er tilstrækkelig høj til, at der kan antages at være risiko for forveksling mellem disse i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet. I henhold til artikel 8, stk. 2, litra a), nr. ii), skal ældre varemærker forstås som varemærker, der er registreret i en medlemsstat, og hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen.
- 64 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren kun kritiseret appelkammerets konstateringer med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt der er identitet eller lighed mellem på den ene side de varer, der er benævnt »urte- og vitamindrikke«, som varemærkeansøgningen vedrører, og på den anden side de varer, for hvilke det ældre varemærke var genstand for en reel brug, nemlig »frugtsaft« (den anfægtede afgørelses punkt 19 og 20).
- 65 Som det fremgår af retspraksis skal der ved vurderingen af ligheden mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser tages hensyn til alle de relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem varerne eller tjenesteydelserne. Disse faktorer omfatter navnlig deres art, deres anvendelsesformål og benyttelsen af dem, samt om de er i et konkurrenceforhold eller supplerer hinanden (Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 23).
- 66 Som det fremgår af denne doms præmis 52, blev det ældre varemærke i det foreliggende tilfælde brugt for koncentreret frugtsaft, bestemt til de endelige forbrugere, og ikke for frugtsaftkoncentrater, bestemt til frugtsaftindustrien.

Sagsøgerens argument, hvorefter målgruppen for de omhandlede varer er forskellig, således at frugtsaftindustrien er målgruppen for frugtsaftkoncentrat, og den endelige forbruger er målgruppen for urte- og vitamindrikke, bør derfor forkastes.

- 67 Appellkammeret har desuden med rette anført, at de omhandlede varer har samme formål, nemlig at slukke tørsten, og at de i vidt omfang er i et konkurrenceforhold med hinanden. Med hensyn til arten og benyttelsen af de omhandlede varer drejer det sig i begge tilfælde om ikke-alkoholholdige drikke, der almindeligvis nydes kolde, hvis sammensætning ganske vist i de fleste tilfælde er forskellig. Den forskellige sammensætning af disse varer kan imidlertid ikke ændre den konstatering, at de nævnte varer er indbyrdes substituerbare, idet de skal opfylde samme behov.
- 68 Heraf følger, at appellkammeret ikke har foretaget en urigtig vurdering, da det fastslog, at der var lighed mellem de omhandlede varer. Dette anbringende er således ugrundet, og derfor bør også den subsidiære påstand forkastes.

Sagens omkostninger

- 69 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor betale de omkostninger, der er afholdt af Harmoniseringskontoret, i overensstemmelse med dettes påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

- 1) **Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.**

- 2) **Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.**

Pirrung

Meij

Forwood

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 8. juli 2004.

H. Jung

Justitssekretær

J. Pirrung

Afdelingsformand